

# BOLETÍN ORECLA

## ACTUALIDAD LABORAL Sentencias

Nº 14 - AGOSTO 2009

### SUMARIO

DESPIDO	Pag. 2.- Nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad.  Pag 2.- Derecho a la mejora voluntaria por IT durante los salarios de tramitación por despido declarado improcedente.
LIBERTAD SINDICAL	Pag. 3.- Asociaciones empresariales no son titulares del derecho de libertad sindical.
INCAPACIDAD	Pag. 3.- Cómputo de la inferior cotización durante la reducción de jornada.
DERECHO DE HUELGA - I	Pag. 4.-Conflicto colectivo por ilegalidad de una huelga, que se desconvocó con anterioridad por acuerdo de las partes.
DERECHO DE HUELGA-II	Pag. 4.- Indemnización de daños y perjuicios por vulneración empresarial del D. de huelga, no automática.
ACCIDENTE TRABAJO	Pag. 5. Desplazarse para desayunar a local próximo al centro de trabajo, consideración de accidente de trabajo
CONCURSO DE ACREEDORES	Pag. 5. Anulación del acuerdo de extinción de contratos en una empresa en concurso.
SALARIO	Pag. 6.- Demanda de conflicto colectivo sobre IPC aplicable.
RELACIÓN LABORAL	Pág.6.- Para calificar como laboral la relación laboral de un abogado no es necesario exclusividad.

## SENTENCIAS

### DESPIDO

#### 1. Consecuencias de la vulneración de la garantía de indemnidad.

-TS, rec 152/08. Fecha 29 de mayo 2009.

La sanción por el despido efectuado con vulneración de la garantía de indemnidad es la declaración de nulidad y no de improcedencia.

En este supuesto, unas trabajadoras que venían prestando servicios en virtud de contratos de obra y servicio determinado, celebrados con contrataciones sucesivas para la Administración, demandan para que se declarase su relación de carácter indefinido. En instancia se les dio la razón, pero durante la sustentación del recurso, la nueva contrata que sustituyó a las anteriores, les comunicó la extinción de la relación laboral por finalización de los servicios contratados.

Frente a este hecho, las trabajadoras plantearon demanda por despido que el TS califica como **nulo**, en base a los siguientes argumentos:

- El cese de las trabajadoras se produce como respuesta a la demanda formulada en reconocimiento de sus derechos como consecuencia de la cesión ilegal.
- Declarada la cesión ilegal y probado que los trabajadores, sin solución de continuidad, realizaban trabajos ordinarios para la Administración, junta e indiferenciadamente con los trabajadores del mismo, no sólo carece de causa cierta la extinción del segundo contrato, sino que todos los contratos celebrados al igual que los contratos de servicios suscritos entre la Administración y las sucesivas contrataciones se revelan como fraudulentos, estando acreditado además que tras el cese de las trabajadoras, sus tareas se continuaron realizando a través de otras dos empresas con otros trabajadores.
- en consecuencia, el despido debe ser declarado nulo como sucede cuando su móvil incurre en alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o se produzca con violación de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

#### 2.- Derecho a la mejora voluntaria por incapacidad temporal durante los salarios de tramitación por despido declarado improcedente

-TS 10-2-09, Rec 3672/07

Un trabajador despedido improcedentemente aunque no tenga derecho a los salarios de trámite por encontrarse en situación de IT, sí tiene derecho al abono de la mejora voluntaria establecida en el convenio colectivo respecto de esta prestación.

En este caso, la sentencia que declara la improcedencia del despido especifica que el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación por encontrarse en situación de IT durante ese periodo.

El trabajador admite que no tiene derecho a tales salarios pero que sí le asiste el derecho a que el empresario le abone la mejora voluntaria por IT desde la fecha del despido hasta la fecha en la que se aprueba la opción por la indemnización y se extingue la relación laboral.

El TS argumenta esta decisión en el hecho de que los periodos correspondientes a salarios de tramitación se deben de considerar de ocupación cotizada a todos los efectos, subsistiendo la obligación de cotizar. En consecuencia tiene derecho a la mejora voluntaria de la Seguridad

Social durante el periodo correspondiente a dichos salarios que no percibió por estar en situación de IT.

## LIBERTAD SINDICAL

### 3. Las asociaciones empresariales no son titulares del derecho de libertad sindical.

**-TS, rec 62/08. Fecha 1 junio 2009.**

Una Confederación empresarial plantea demanda de tutela de libertad sindical para solicitar que se declare la nulidad del acto de constitución de una federación de empresarios por entender que, establecida en su mismo ámbito, violaba su derecho a la libertad sindical.

El TS desestima su pretensión en base a los siguientes argumentos:

- Aunque la Constitución establezca que todos tienen derecho a sindicarse, en el propio texto constitucional se evidencia que este derecho es ostentado sólo por los trabajadores, y que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales se reconocen como entes diferenciados.

Las organizaciones empresariales no son en todo caso equiparables a los sindicatos de trabajadores: por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros, el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a los sindicatos de trabajadores.

- Sin embargo, también existen condicionantes constitucionales en relación al tratamiento jurídico de las asociaciones empresariales como son la libertad de su creación y funcionamiento y las garantías de inmunidad frente a las actuaciones de los poderes públicos.

- El régimen jurídico de las asociaciones empresariales se encuentra fuera de la LOLS por disposición expresa de ésta, exclusión que ha llevado a la doctrina científica a su exclusión de la reserva de ley orgánica y del recurso de amparo.

## INCAPACIDAD

### 4. Cómputo de la inferior cotización durante la reducción de jornada por guarda legal a efectos de varias prestaciones.

**-TJCE, C- 537/07- Fecha 16 de julio 2009.**

No se opone a la normativa europea la regulación estatal que establece que el tiempo en el que la cotización, debido a una reducción de jornada y salario por el cuidado de un menor, es inferior al de una jornada completa, lo computa por la cotización efectiva y no como si hubiera cotizado como dicha jornada completa, a efectos de la pensión de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

Se presenta cuestión prejudicial al TJCE sobre si es posible que, para el cálculo de las prestaciones según la retribución, no se consideren las cotizaciones efectuadas durante el permiso parental de reducción de jornada como si hubieran sido realizadas a tiempo completo, ya que tras la aprobación de la LO 3/2007, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor, se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de la jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

El TJCE responde que la normativa europea no se opone a que se tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente de un trabajador, la circunstancia de que ha

disfrutado de un periodo de permiso parental a tiempo parcial durante el que ha cotizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido.

Establece también que la normativa europea (Dir 79/7/CEE) no impone a los estados miembros la obligación de prever la continuidad en la percepción de prestaciones de Seguridad Social durante el permiso parental.

Afirma finalmente que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, previsto en esta Directiva, no se opone a que, durante el periodo de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo.

## **DERECHO DE HUELGA - I**

### **5. No se invalida la acción de ilegalidad de huelga por el previo acuerdo que le puso fin, anterior a la demanda de conflicto colectivo que presenta la empresa.**

**- T.S. 14-05-09, Rec. 95/08**

Una organización sindical interpuso demanda de conflicto colectivo, comunicando posteriormente a la empresa la convocatoria de huelga. La empresa planteó entonces conflicto colectivo de declaración de ilegalidad de la huelga.

El Sindicato se opuso a la demanda considerando que la otra parte carecía de acción para pedir tal declaración, y que asimismo cabía hablar de una carencia sobrevenida del objeto del proceso.

El TS rechaza ambas consideraciones:

- No carece de acción, el interés para la defensa de su derecho tutelado jurídicamente no desaparece. La acción para obtener la declaración de ilegalidad trasciende el hecho mismo de la huelga y se mantiene vivo aún después de ser desconvocada en virtud del acuerdo. Ello porque persiste el interés legítimo de la empresa que ha de ser tutelado, y que consiste en deshacer la incertidumbre jurídica de la licitud o ilicitud de la huelga, declaración que tiene efectos directos y colaterales en el ámbito de las relaciones laborales colectivas y de las individuales, pudiendo la calificación jurídica condicionar futuras actuaciones de ambas partes.

- Tampoco existe una carencia sobrevenida del objeto del proceso, dado que los convocantes de la huelga no reconocieron expresamente su ilegalidad ni la empresa renunció al ejercicio de la acción declarativa de conflicto colectivo.

Por todo ello, se mantiene el derecho legítimo de la empresa de obtener un pronunciamiento judicial sobre la ilegalidad o ilegitimidad de los citados paros.

### **6. La indemnización de daños y perjuicios por vulneración empresarial del derecho de huelga no es automática.**

**- T.S. 06-04-09, Rec. 191/08**

La Federación de Transportes de un sindicato de ámbito nacional interpuso una primera demanda a fin de que se declarase la nulidad del comportamiento empresarial consistente en la fijación de unos determinados servicios mínimos, durante los diez días de duración de la huelga. El Juzgado declaró dicha nulidad pero rechazó la pretensión de condena a la empresa del pago de una indemnización diaria (el Sindicato la cifró en 3000 €) por los daños causados.

El Juzgado argumentó que siendo indudable la repercusión económica negativa sin embargo no quedaron fijadas fácticamente las bases para cuantificar la pretendida indemnización. Los criterios aludidos se apoyaban en si se consiguieron los objetivos pretendidos, el número de viajeros afectados y la disminución de la afiliación a consecuencia de la huelga.

El TSJ sí la concedió, en importe de 30.000 € aplicando para ello la multa de la LISOS para faltas muy graves.

El TS rechaza dicha argumentación, dado que para que la petición indemnizatoria se estime es necesario que en la demanda se aleguen razonadamente los fundamentos de dicha pretensión y

se acredite una mínima base fáctica para delimitar los perfiles y los elementos (se alude a “bases y elementos clave”) de la indemnización a aplicar.-

## ACCIDENTE DE TRABAJO

### 7. Consideración del accidente de tráfico al desplazarse para desayunar a local próximo al centro de trabajo

**TSJ Extremadura 16-12-08, Rec 537/08**

Al accidente de tráfico al desplazarse para desayunar a local próximo al centro de trabajo no le es de aplicación la presunción de laboralidad, pero sí puede ser considerado accidente in itinere.

En este caso el trabajador sufrió un accidente de circulación al desplazarse a un bar próximo al centro de trabajo para tomar el desayuno. La mutua alega que no puede considerarse laboral al no haberse producido durante el tiempo y en el lugar de trabajo (LGSS art.115.3), y tampoco puede considerarse que se produce con ocasión o por consecuencia del trabajo (LGSS art.115.1), pues ni el accidente tuvo lugar por causa el mismo, ni el trabajo fue condición sin la que se hubiera producido el accidente.

Pero el TS entiende que, si bien no puede considerarse como accidente de trabajo, sí puede calificarse como accidente in itinere (LGSS art.115.2.a) puesto que ocurrió entre el trabajo y el establecimiento en el que el trabajador iba a desayunar.

## CONCURSO DE ACRREDITORES

### 8.- Anulación del acuerdo de extinción de contratos en una empresa en concurso

**-TSJ Asturias 14-11-08, Rec 1501/08**

En el caso de que se anule, por fraudulento, el acuerdo de extinción colectiva alcanzado en un procedimiento concursal, la anulación del mismo conlleva que los trabajadores se encuentren libres para ejercitar las acciones individuales que consideren atinentes ya que subsiste la relación laboral.

En este caso una empresa es declarada en situación de concurso, habiéndose dictado un auto por el que se aprobaba el acuerdo alcanzado entre los administradores del concurso y los representantes de los trabajadores, en el cuál se extinguían los contratos de 18 trabajadores, fijando una indemnización de 30 días por año trabajado y concretando las cantidades a abonar por la empresa y por el FOGASA que no había sido parte en el acuerdo.

El acto fue impugnado por el FOGASA, declarándose nulo el acuerdo de extinción colectiva. A diferencia del ERE administrativo en el que la autoridad laboral se limita a autorizar al empresario la extinción de los contratos de trabajo, en el ERE concursal el juez procede a declarar la extinción de los contrato de trabajo.

Al declararse nulo el acuerdo de extinción colectiva, no solo se anularon las indemnizaciones pactadas, sino que no se autorizó el acuerdo de extinción debido a su carácter fraudulento. Dicha anulación conlleva que los trabajadores se encuentran libres para ejercitar las acciones individuales que consideren atinentes a su derecho, entre ellas, las acciones individuales de despido y de resolución de contrato.

## SALARIO

### 9. Demanda de conflicto colectivo sobre IPC aplicable.

**TSJ Castilla León – Burgos. Sentencia N° 519/2009**

Empresa que presta servicios de limpieza para el Ayuntamiento de Burgos. En su Convenio colectivo se establece que el 1/01/2009 se incrementarán las tablas salariales con el IPC previsto por el Gobierno para el año 2009. Luego establece que estos salarios serán revisados si el 31/12/2009 resultare un IPC por encima del previsto por el Gobierno. El Gobierno no ha hecho previsión de incremento o disminución del IPC para el año 2009. La empresa no incrementa los salarios a partir de enero 2009 y entiende el Comité de Empresa que el IPC que debe considerarse previsto es el del 2%. Interpone demanda de conflicto colectivo, que es desestimada en la instancia.

Contra esta sentencia recurre el Comité de Empresa alegando que durante el 2009 se ha incrementado en un 2% las retribuciones de los funcionarios y del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, así como el cálculo de las pensiones de clases pasivas y para las pensiones de SS, en su modalidad contributiva; y que desde el año 2001 las partes firmantes en los Convenios de esta empresa, han aceptado el término IPC como el que se contemplaba en los presupuestos de incremento para los funcionarios.

El TSJ establece que cuando se trata de interpretar preceptos convencionales, para lo que se debe recurrir a las reglas de interpretación de las normas y de los contratos, ha de atribuirse un amplio margen a la labor de los órganos jurisdiccionales de la instancia, ante los que se ha practicado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes, de manera que, en términos generales, los criterios aceptados por dichos órganos deben prevalecer sobre los de los recurrentes.

Establece también que los incrementos salariales equivalentes al “Aumento del Índice del coste de la vida” en los contratos sujetos a convenios prorrogados era una obligación impuesta a los empresarios en la Ley de Convenios Colectivos 38/1973, pero este precepto quedó derogado por el Real Decreto Ley 17/1977, según el cuál, los salarios, sin perjuicio de los mínimos establecidos legalmente, no experimentan otros incrementos que los que se hubieran pactado por las partes, no existiendo precepto alguno que imponga obligación de revisarlos en relación con el incremento de precios al consumo.

En este sentido, sentencia este Tribunal que en el presente caso no es asimilable el IPC aplicable a la subida prevista para los funcionarios, aunque en ocasiones puedan haber coincidido porque, de un lado, dicha asimilación no está prevista en el convenio discutido, pudiendo haberlo hecho; y de otro lado, ha habido ocasiones en que el IPC ha subido más que la subida aprobada para los funcionarios. Y, por último, el Gobierno no ha hecho previsión de aumento de IPC, con lo que mal puede aplicarse el mismo. Por todo ello, desestima el recurso interpuesto.

## RELACIÓN LABORAL

### 10. Para calificar como laboral la relación de un abogado no se requiere exclusividad.

**-TSJ Extremadura, 02-04-09, Rec. 109/09.**

El asesor jurídico prestaba servicios como abogado para un Colegio Oficial, compaginando su actividad con la prestación de servicios que desarrollaba de modo independiente. Según se expone en la Sentencia, se apreciaba ajeneidad y dependencia en la relación mantenida con el Colegio Oficial pero existía flexibilidad horaria y sobre todo la prestación laboral se efectuaba para diversos empresarios además de dedicarse el trabajador a su profesión en otros ámbitos como profesional liberal.

Ello no obstante, el Tribunal entiende que ello es intrascendente, dado que los contratos pueden celebrarse a tiempo completo o parcial y, mientras no se pacte la plena dedicación o exista concurrencia desleal, no impide calificar de laboral la relación mantenida con el empleador.